

OGH 2016/06/27, 6 Ob 48/16a

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon. Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ. Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. G***** S*****, vertreten durch Urbanek & Rudolph Rechtsanwälte OG in St. Pölten, gegen die beklagte Partei D***** GmbH, *****, vertreten durch Mag. Stefan Korab, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 16.000 EUR) und Löschung (Streitwert 5.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Dezember 2015, GZ 13 R 97/15b 22, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 24. April 2015, GZ 53 Cg 74/14p 13, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit 1.410,84 EUR (darin 235,14 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Allgemeinmediziner, betreibt eine Arztpraxis und ist Mitglied der Ärztekammer *****. Die Webseite www.praxisplan.at wird von der Ärztekammer Wien zur Verfügung gestellt, auf welcher unter anderem die nachstehenden (persönlichen) Daten des Klägers ersichtlich sind. Diese finden sich auch auf der Homepage des Klägers selbst.

Die Beklagte betreibt unter www.d*****.at ein Internetportal, auf dem Internetnutzer „die Spezialisten für ihre medizinischen Anliegen unter allen niedergelassenen Ärzten Österreichs“ finden und diese „Ärzte anderen

Patienten“ weiter empfehlen können. Die Beklagte hat den Kläger mit seinem Vor- und Zunamen, der Anschrift seiner Ordination und weiteren Kontaktdaten, den Ordinationszeiten, den vom Kläger erworbenen Diplomen der Österreichischen Ärztekammer und den „Krankenkassen“ aufgenommen. Eine Zustimmung des Klägers zur Aufnahme dieser Daten hat die Beklagte nicht eingeholt; einem schriftlichen Verlangen des Klägers auf Löschung der Daten vom Portal vom 15. 6. 2014 ist sie nicht nachgekommen.

Das Erstgericht gab – gestützt auf § 28 Abs 2 DSG 2000 – dem Unterlassungs- und Löschungsbegehren des Klägers statt; eine Interessenabwägung habe nicht stattzufinden.

Der Verfassungsgerichtshof hob aus Anlass eines von der Beklagten gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B VG gestellten Normenkontrollantrags mit Erkenntnis vom 8. 10. 2015 (G 264/2015 jusIT 2015/99 [Thiele] = MR 2015, 296 [Koukal] = ecolex 2016, 112 [Urbanek]) § 28 Abs 2 DSG 2000 mit Ablauf des 31. 12. 2016 auf. Mit der Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 könne der Betroffene jede Art der fortgesetzten Zugänglichmachung von Information in einer öffentlichen Datenanwendung in Zusammenhang mit seiner Person unterbinden, ganz unabhängig davon, ob es sich dabei etwa um Angaben zur Person des Betroffenen, zu seinen Lebensumständen, seinem persönlichen Hintergrund oder seiner beruflichen Tätigkeit, oder ob es sich etwa um Fakten, um Tatsachenbehauptungen oder um Werturteile über den Betroffenen handelt. Damit sei etwa die Aufnahme in ein öffentlich zugängliches Telefon- oder Adressverzeichnis ebenso erfasst wie eine kritische Auseinandersetzung mit der Tätigkeit eines namentlich genannten Politikers auf einer Internetseite. Die angefochtene Regelung des § 28 Abs 2 DSG 2000, die somit dem von einer Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung Betroffenen pauschal ein unbedingtes Widerspruchsrecht einräumt, ohne dass eine Abwägung der Interessen des Betroffenen einerseits und jener des Auftraggebers und der Öffentlichkeit andererseits stattfindet, erlaube in den vom

Medienprivileg des § 48 DSG 2000 nicht erfassten Konstellationen, in denen das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 ausgeübt werden kann, keine Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls, die beispielsweise darin bestehen können, dass die in der Datenanwendung veröffentlichte Information von besonders großem Interesse für die Allgemeinheit ist, etwa aufgrund der Rolle, die die betroffene Person im öffentlichen Leben spielt. Eine solche Interessenabwägung sei jedoch aufgrund von Art 10 EMRK verfassungsrechtlich geboten, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden, häufig auch grundrechtlich geschützten Interessen herzustellen. Der in § 28 Abs 2 DSG 2000 normierte Eingriff in das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit sei daher unverhältnismäßig.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aus, dass der Entscheidungsgegenstand 5.000 EUR übersteigt sowie dass die ordentliche Revision zulässig ist; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs bei der nach § 28 Abs 1 DSG 2000 angeordneten Interessenabwägung lediglich Interessen des Betroffenen an der Geheimhaltung seiner Daten oder auch sonstige schutzwürdige Interessen des Betroffenen, sofern sie berechnigte Interessen des Auftraggebers überwiegen, ein Widerspruchsrecht begründen können.

In der Sache selbst beurteilte das Berufungsgericht die Daten des Klägers als nach § 27 Abs 1 ÄrzteG und sohin im Sinn des § 8 Abs 2 DSG 2000 zulässigerweise veröffentlicht. Es handle sich somit um allgemein verfügbare Daten, denen kein Geheimhaltungsinteresse zukomme, weshalb der Grundrechtsschutz nach § 1 Abs 1 DSG 2000 entfalle. Ein einfachgesetzlicher Schutz komme zwar in Betracht, jedoch sei § 28 Abs 2 DSG 2000 zugunsten des Klägers nicht mehr anzuwenden. Für die Anwendung des § 28 Abs 1 DSG 2000 fehle es aber am Geheimhaltungsinteresse des Klägers, auf andere schutzwürdige

Interessen sei nicht Bedacht zu nehmen. Die Ausführungen des Klägers in seiner Berufungsbeantwortung, in denen er seinen Anspruch auch auf Persönlichkeits- und Namensrechte nach §§ 16, 43 ABGB stütze, verstießen gegen das Neuerungsverbot.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSG 2000 normiert, dass jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten hat, dies aber nur, wenn ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Vorliegen eines „schutzwürdigen Interesses“ wird damit zum zentralen Anknüpfungspunkt, ob ein Grundrechtsanspruch überhaupt besteht (6 Ob 165/13b *jusIT* 2014/37 [Bauer]; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 DSG 2000 Anm 7). Ein Eingriff in das Recht auf Datenschutz kann dabei nach der gebotenen Interessenabwägung gerechtfertigt sein. Bei dieser sind die von der Rechtsprechung zu anderen Interessenkollisionen (zum Beispiel beim Recht auf Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK gegenüber dem Recht auf Ehre nach § 1330 ABGB) entwickelten Grundsätze anwendbar (RIS-Justiz RS0107203). Daher hat jeder Weitergabe von Daten eine Interessenabwägung zwischen einem schutzwürdigen Interesse des Betroffenen und dem berechtigten Interesse eines Dritten voranzugehen. Als berechtigte Interessen eines Dritten sind dabei unter anderem auch subjektive, auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage beruhende Ansprüche anerkannt. Im Zweifel spricht die Vermutung für die Schutzwürdigkeit (RIS Justiz RS0107203 [T2]; vgl aber auch Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht [2010] Rz 4/37).

2. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, werden die Daten des Klägers gemäß § 27 Abs 1 ÄrzteG in der Ärzteliste der Österreichischen Ärztekammer geführt. Die dadurch für jedermann zugänglichen Daten sind gemäß § 27 Abs 1 ÄrzteG die Eintragsnummer (Z 1), Vor- und Zuname (Z 2), akademische Grade (Z 5), Berufssitz und Dienstorte (Z 8),

bei Wohnsitzärzten der Wohnsitz oder der Ort sowie die Art der beabsichtigten Tätigkeit (Z 9), Berufsbezeichnungen (Z 10), Diplome der Österreichischen Ärztekammer oder der Ärztekammern in den Bundesländern (Z 11), Ausbildungsbezeichnungen gemäß § 44 Abs 2 ÄrzteG (Z 12) sowie der Hinweis auf Verträge mit Sozialversicherungsträgern und Krankenfürsorgeanstalten (Z 13). Die Einsichtnahme in den öffentlichen Teil der Ärzteliste und die Anfertigung von Abschriften ist jedermann gestattet (§ 27 Abs 1 letzter Satz ÄrzteG).

2.1. Die Ärzteliste ist hinsichtlich dieser Daten öffentlich, also jedermann zugänglich und erfüllt damit die Funktion eines öffentlichen Registers, in dem jedermann jederzeit nachprüfen kann, wer zur Ausübung des ärztlichen Berufs und in welcher Form berechtigt ist (Wallner, Ärztliches Berufsrecht [2011] 27). Daten, die in öffentlichen Registern und Büchern, in Kundmachungen und in sonstigen öffentlich zugänglichen Informationsquellen, wie etwa dem Telefonbuch, enthalten sind (Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht Rz 1/46, 2/18), sind allgemein verfügbar, wenn sie zulässigerweise veröffentlicht wurden (vgl § 8 Abs 2 DSG 2000).

2.2. Eine Verletzung im Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG 2000 ist bei öffentlichen Daten grundsätzlich auszuschließen (vgl VfGH B 2098/99), soweit sie zulässigerweise veröffentlicht wurden (§ 8 Abs 1 und 2 DSG 2000). Aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 27 Abs 1 ÄrzteG sind die oben angeführten Daten zulässigerweise veröffentlicht (Lehner/Lachmayer, Grundrecht auf Datenschutz, in Bauer/Reimer, Handbuch Datenschutzrecht [2009] 96 [99]; Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht Rz 2/18 f, 4/22; ders in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht³ [2012] 430; vgl auch Kotschy, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, in Jahnel, Datenschutzrecht und E Government Jahrbuch 2012, 27 [45], die sich überhaupt gegen eine Unterscheidung zwischen zulässigerweise öffentlichen und unzulässigerweise öffentlichen Daten ausspricht).

2.3. Zwar ist zu berücksichtigen, dass nur bei bloßer Reproduktion von „allgemein zugänglichen Daten“ ohne Generierung neuer Information

tatsächlich mangelnde Schutzwürdigkeit im Sinn des § 1 Abs 1 DSG 2000 angenommen werden kann (Kotschy in Jahnel, Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2012, 27 [47]). Die Entstehung neuer Daten – allenfalls durch die Verknüpfung von Daten mit Bewertungen auf dem Internetportal der Beklagten – wurde vom Kläger jedoch nicht behauptet.

2.4. Damit ist ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Klägers an den von der Beklagten veröffentlichten Daten nicht gegeben.

3. Mangelnder grundrechtlicher Schutz schließt allerdings nicht notwendigerweise den speziellen Schutz durch einfachgesetzliche Regelungen aus, was insbesondere im Zusammenhang mit § 28 DSG 2000 zu berücksichtigen ist (Hattenberger/Hoi, Ein „Medienprivileg“ für alle und für alles? in Jahnel, Datenschutzrecht Jahrbuch 2014, 251 [277]; Kotschy in Jahnel, Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2012, 27 [41]; allgemein unter Berücksichtigung der Vorgaben aus der Rsp des EuGH zur Datenschutzrichtlinie 95/46/EG Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht 1/44 ff). Nach § 8 Abs 2 DSG 2000 sind zulässigerweise veröffentlichte Daten keineswegs vom Anwendungsbereich der einfachgesetzlichen Regelungen des Datenschutzgesetzes 2000 ausgenommen.

3.1. § 8 Abs 2 DSG 2000 verweist darauf, dass bei der Verwendung von zulässigerweise veröffentlichten Daten oder von nur indirekt personenbezogenen Daten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen als nicht verletzt gelten, das Recht, gegen die Verwendung zulässigerweise veröffentlichter Daten gemäß § 28 DSG 2000 Widerspruch zu erheben, jedoch unberührt bleibt. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen werden folglich zwar bei allgemeiner Verfügbarkeit nicht verletzt, die weiteren Voraussetzungen der (einfachgesetzlichen) Zulässigkeitsprüfung müssen aber sehr wohl erfüllt sein, wie etwa das Vorliegen der rechtlichen Befugnis des Auftraggebers (§ 7 Abs 1 DSG 2000), die Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 7 Abs 3 DSG 2000 oder die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des § 6 DSG 2000 (Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht Rz 1/47, 2/50).

3.2. Das Berufungsgericht ist durchaus zutreffend davon ausgegangen, dass eine Prüfung des Widerspruchsrechts nach § 28 Abs 1 DSG 2000 zu erfolgen hat, somit auch eine Interessenabwägung nach dieser Bestimmung vorzunehmen ist. Dies wird im Revisionsverfahren auch nicht in Zweifel gezogen; strittig ist jedoch, ob bei dieser Interessenabwägung lediglich die Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen ein Widerspruchsrecht begründen kann oder ob schutzwürdige Gründe schlechthin in Frage kommen.

3.2.1. Nach § 28 Abs 1 DSG 2000 hat, sofern die Verwendung von Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist, jeder Betroffene das Recht, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben.

Damit stellt das Gesetz seinem Wortlaut nach lediglich auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen ab (in diesem Sinn 6 Ob 195/08g SZ 2008/142). Da jedoch § 28 Abs 1 DSG 2000 den Sonderfall betrifft, dass die Datenanwendung zwar zulässig ist, eine aus der spezifischen Situation des Betroffenen heraus vorgenommene Interessenabwägung aber zu dessen Gunsten ausfällt, führte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 167/06m aus, ein Widerspruch stehe bei Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen zu, die sich aus einer besonderen Situation ergeben müssen, weshalb er auch das Recht auf Achtung der Privat- beziehungsweise Geheimsphäre als Persönlichkeitsrecht im Sinn des § 16 ABGB in die Interessenabwägung einbezog (vgl auch VfGH 8. 10. 2015, G 264/2015).

3.2.2. Nach Auffassung des Klägers bleibt bei einer (derart) restriktiven Interpretation des § 28 Abs 1 DSG 2000, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen habe, kein Anwendungsbereich mehr für § 8 Abs 2 Satz 2 DSG 2000, zumal eben § 28 Abs 2 DSG 2000 nicht mehr anwendbar sei. Tatsächlich sieht § 8 Abs 2 Satz 1 DSG 2000 vor, dass bei der Verwendung von zulässigerweise veröffentlichten Daten oder von nur

indirekt personenbezogenen Daten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen als nicht verletzt gelten. Gemäß Satz 2 bleibt jedoch das Recht, gegen die Verwendung zulässigerweise veröffentlichter Daten gemäß § 28 DSG 2000 Widerspruch zu erheben, unberührt. Bestehen bei zulässigerweise veröffentlichten Daten aber ohnehin keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen, käme ein Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 1 DSG 2000, das nur aufgrund schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen bestehen kann, für sie nicht in Betracht. Infolge Aufhebung des § 28 Abs 2 DSG 2000 fände insofern § 8 Abs 2 Satz 2 DSG 2000 somit tatsächlich keine Anwendung mehr.

Allerdings hat das Berufungsgericht zutreffend auf die Gesetzesmaterialien zu § 8 DSG 2000 hingewiesen, wonach das Widerspruchsrecht nach § 28 DSG 2000 aufrecht erhalten wurde, weil durch bestimmte Formen der Aufbereitung veröffentlichter Daten neue – nicht veröffentlichte – Informationen entstehen können und dadurch nicht ausgeschlossen werden könne, dass in besonderen Konstellationen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen doch berührt werden (Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG2 § 8; ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 40 f). Damit überzeugt das Argument des Klägers, § 8 DSG 2000 hätte keinen Anwendungsbereich mehr, letztlich nicht.

3.2.3. Das Widerspruchsrecht des § 28 Abs 1 DSG 2000 wurde mit BGBl I 165/1999 kundgemacht und trat am 18. 8. 1999 in Kraft. Die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie) sah in Art 14 lit a bereits das Widerspruchsrecht der betroffenen Person vor. Zumindest in den Fällen von Art 7 lit e und f soll der Betroffene jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus seiner besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen können, dass ihn betreffende Daten verarbeitet werden; dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung. Im Fall eines berechtigten

Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen.

Nach den Erwägungsgründen 9, 10 und 45 zur Datenschutzrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund des gleichwertigen Schutzes, der sich aus der Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ergibt, den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen ihnen nicht mehr aus Gründen behindern, die den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen und insbesondere das Recht auf die Privatsphäre betreffen. Die Mitgliedstaaten besitzen einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann. Sie können somit in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen. Hierbei streben sie eine Verbesserung des gegenwärtig durch ihre Rechtsvorschriften gewährten Schutzes an. Innerhalb dieses Spielraums können unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie auftreten, was Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben kann (Erwägungsgrund Nr 9). Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten ist die Gewährleistung der Achtung der Grundrechte und -freiheiten, insbesondere des auch in Art 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannten Rechts auf die Privatsphäre. Die Angleichung dieser Rechtsvorschriften darf deshalb nicht zu einer Verringerung des durch diese Rechtsvorschriften garantierten Schutzes führen, sondern muss im Gegenteil darauf abzielen, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen (Erwägungsgrund Nr 10). Auch wenn die Daten Gegenstand einer rechtmäßigen Verarbeitung aufgrund eines öffentlichen Interesses, der Ausübung hoheitlicher Gewalt oder der Interessen eines Einzelnen sein können, sollte doch jede betroffene Person das Recht besitzen, aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus

ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen Widerspruch dagegen einzulegen, dass die sie betreffenden Daten verarbeitet werden. Die Mitgliedstaaten können allerdings innerstaatliche Bestimmungen vorsehen, die dem entgegenstehen (Erwägungsgrund Nr 45).

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat dazu in seiner Entscheidung Satakunnan vom 16. 12. 2008, C 73/07, ausgesprochen, dass auch veröffentlichte personenbezogene Daten in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weil die Datenschutzrichtlinie eine Einschränkung auf nicht allgemein verfügbare Daten nicht kennt (vgl Jähnel in Jähnel/Mader/Staudegger, IT-Recht³ [2012] 430). Eine allgemeine Ausnahme von der Anwendung der Datenschutzrichtlinie zugunsten veröffentlichter Informationen würde die Datenschutzrichtlinie weitgehend leerlaufen lassen (EuGH aaO Rz 48). In der Entscheidung Lindqvist vom 6. 11. 2003, C 101/01, hat der EuGH weiters festgehalten, dass die Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten einen weiten Handlungsspielraum in bestimmten Bereichen einräumt und sie ermächtigt, für bestimmte Fälle besondere Regelungen beizubehalten oder einzuführen, wie viele ihrer Bestimmungen zeigen. Von diesen Möglichkeiten müsse aber in der in der Datenschutzrichtlinie vorgesehenen Art und Weise und im Einklang mit ihrem Ziel Gebrauch gemacht werden, ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre zu wahren (EuGH aaO Rz 97). Dagegen seien die Mitgliedstaaten durch nichts daran gehindert, den Geltungsbereich der die Datenschutzrichtlinie umsetzenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften auf vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht erfasste Bereiche auszudehnen, soweit dem keine andere Bestimmung des Gemeinschaftsrechts entgegensteht (EuGH aaO Rz 98). In der Entscheidung Google vom 13. 5. 2014, C 131/12, hat der EuGH schließlich zu Art 14 Abs 1 lit a der Datenschutzrichtlinie erwogen, dass auch die „Grundrechte aus den Art 7 und 8 der Charta“, folglich das Recht

auf Freiheit und Sicherheit sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, zu berücksichtigen sind.

3.2.4. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung erscheint eine extensive Interpretation des § 28 Abs 1 DSG 2000 dahin, dass nicht lediglich auf Geheimhaltungs-, sondern auf sämtliche schutzwürdigen Interessen abzustellen ist, geboten. Andernfalls würde der in der Datenschutzrichtlinie vorgegebene Schutz des Betroffenen im Rahmen des Widerspruchsrechts eingeschränkt.

4. Damit ist im vorliegenden Verfahren bei der Prüfung der Verarbeitung der Daten durch die Beklagte auch zu berücksichtigen, inwieweit andere Persönlichkeitsrechte des Klägers oder seine Privatautonomie verletzt wurden.

4.1. Das Berufungsgericht befasste sich aufgrund seiner Ansicht, der Kläger habe seinen Anspruch nur auf eine Verletzung des Rechts auf Datenschutz gestützt, nicht mit der Verletzung allfälliger anderer verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich eingeräumter Rechte des Klägers durch die Veröffentlichung seiner Daten. Tatsachenbehauptungen, nach denen der Klagsanspruch aufgrund anderer Rechtsgrundlagen zu beurteilen wäre, seien in erster Instanz nicht aufgestellt worden. Die Ausführungen in der Berufungsbeantwortung zum Persönlichkeits- und Namensrecht des Klägers verstießen ebenso gegen das Neuerungsverbot wie die Behauptung unlauterer Geschäftspraktiken der Beklagten.

Diese Ausführungen bekämpft der Kläger in seiner Revision (teilweise zu Recht) als aktenwidrig.

4.1.1. Tatsächlich hat der Kläger bereits im Verfahren erster Instanz vorgebracht, die Beklagte betreibe unter seinem Namen Werbung für andere Ärzte (ON 9 AS 41), womit (gerade noch) eine Verletzung des Namensrechts behauptet wurde. Darüber hinaus brachte der Kläger vor, zur Teilnahme an der Datenbank gezwungen zu werden (ON 9 AS 42), womit auch eine Verletzung der Privatautonomie beziehungsweise der Persönlichkeitsrechte des Klägers behauptet wurde. Nach ständiger

Rechtsprechung sind aber derartige neue Gesichtspunkte bei der rechtlichen Beurteilung auch im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen, sofern die hiezu erforderlichen Tatsachen bereits im Verfahren erster Instanz behauptet oder festgestellt wurden (RIS Justiz RS0016473 [T1]).

4.1.2. Ein Vorbringen, das die rechtliche Prüfung unlauterer Geschäftspraktiken der Beklagten nach sich ziehen müsste, wurde hingegen nicht erstattet. Lediglich in seiner Berufungsbeantwortung wies der Kläger darauf hin, dass das Internetportal der Beklagten eine unlautere Geschäftspraktik darstelle; der Kläger sei zur Partizipation auf der Plattform gezwungen und stehe dort in unmittelbarem Wettbewerb mit anderen Ärzten; Bewertungen bezüglich der vom Portal automatisch vorgenommenen Empfehlungen seien irrelevant, das Portal schlage nur Premium-Einträge vor, wodurch kostenlose Einträge massiv benachteiligt seien.

Gemäß § 468 Abs 2 letzter Satz ZPO kann zwar der Berufungsgegner zur Widerlegung der in der Berufungsschrift angegebenen Anfechtungsgründe neue, im bisherigen Verfahren noch nicht vorgebrachte Umstände und Beweise benützen. Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf jene Umstände und Beweise, die die angegebenen Berufungsgründe widerlegen sollen. Das neue Vorbringen muss sich daher auf die Berufungsgründe selbst beziehen, nicht aber auf die behaupteten Ansprüche und Gegenansprüche als solche (RIS-Justiz RS0041812). Weder in erster Instanz noch in der Berufung der Beklagten wird eine allfällige unlautere Geschäftspraktik thematisiert, weshalb das diesbezügliche Vorbringen dem Neuerungsverbot widerspricht (vgl RIS Justiz RS0037612).

4.2. Der Kläger macht eine Verletzung seines Namensrechts geltend. Die Beklagte betreibe unter seinem Namen Werbung für andere Ärzte. Unter den Informationen des Klägers auf der Website der Beklagten fänden sich Werbeeinschaltungen anderer Ärzte. Der Kläger habe zu einer derartigen Verwendung seiner Daten keine Zustimmung erteilt und werde als Werbeträger verwendet.

4.2.1. Das in § 43 ABGB geregelte Namensrecht ist ein Persönlichkeitsrecht im Sinn des § 16 ABGB (RIS Justiz RS0114462). Geschützt wird, wem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wer durch den unbefugten Gebrauch seines Namens beeinträchtigt wird. Eine Namensbestreitung oder -anmaßung kommt aufgrund des Vorbringens des Klägers nicht in Betracht. Entscheidend ist immer, welcher Eindruck durch den Namensgebrauch bei einem nicht ganz unbedeutenden Teil des angesprochenen Publikums entstehen kann (RIS Justiz RS0009329; vgl Posch in Schwimann/Kodek, ABGB4 [2011] § 43 Rz 11, 17). Werbeeinschaltungen auf der Website der Beklagten, angeordnet unter dem Namen und den Daten des Beklagten, begründen noch keinen Anschein eines ideellen oder wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen den anderen Ärzten und ihm. Schon aufgrund des festgestellten Zwecks der Website wird ein solcher Eindruck beim angesprochenen Publikum nicht erweckt.

4.2.2. Die Nennung des Namens einer Person in Mitgliederverzeichnissen ist vielmehr ein Fall der Namensnennung (7 Ob 329/97a; aA noch 4 Ob 313/64; vgl Faber in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ [2014] § 43 ABGB Rz 181). Durch eine Namensnennung wird nicht das Namensrecht, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB berührt (RIS Justiz RS0109218, RS0109217).

4.2.2.1. Während das Namensrecht durch Bestreitung, Namensanmaßung oder Namensgebrauch verletzt wird, also das Recht zur Identifikation mit dem Namen einer Person durch Dritte in Anspruch genommen wird, geht es bei der Namensnennung nicht um die Kennzeichenfunktion des Namens, sondern darum, dass der Namensträger selbst mit seinem Namen bezeichnet und über ihn etwas ausgesagt wird. Eine Namensnennung verstößt dann gegen das Persönlichkeitsrecht, wenn sie schutzwürdige Interessen des Genannten beeinträchtigt. Dabei kommt es auf den Inhalt der mit der Namensnennung verbundenen Aussage an (RIS Justiz RS0109217 [T4], RS0009319). Soweit sich die Rechtswidrigkeit der Namensnennung nicht aus der verwerflichen Typizität des Aussageinhalts

ergibt, folgt sie aus dem Missverhältnis zum Informationszweck (RIS-Justiz RS0009319 [T4]). Eine Verletzung liegt regelmäßig vor, wenn über den Namensträger etwas Unrichtiges ausgesagt wird, das sein Ansehen und seinen guten Ruf beeinträchtigt, ihn bloßstellt oder lächerlich macht (RIS-Justiz RS0009319 [T10]).

Derartige Umstände hat der Kläger nicht vorgebracht. Er verwies im Verfahren erster Instanz (ON 9 AS 37) lediglich darauf, dass seine Daten unvollständig angezeigt würden, zumal seine Homepage nicht angeführt werde. Dies stellt allerdings keine Unvollständigkeit dar, die die Interessen des Klägers im Sinn des § 16 ABGB zu beeinträchtigen vermag, zumal er ja primär die vollständige Löschung aller Daten anstrebt.

4.2.2.2. Anders als bei der Verletzung des Namensrechts kommt es bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch eine Namensnennung nicht entscheidend darauf an, ob der Namensträger die Namensnennung gestattet hat. Der Namensträger hat kein uneingeschränktes Recht zu entscheiden, ob sein Name in der Öffentlichkeit genannt werden darf (RIS-Justiz RS0109217 [T3]). Hat die betroffene Person nicht zugestimmt und besteht weder ein gesetzliches Verbot noch eine gesetzliche Ermächtigung, dann hängt die Rechtswidrigkeit von der vorzunehmenden Interessenabwägung ab (7 Ob 329/97a).

Die Nennung des Namens und der auch von der Ärztekammer veröffentlichten Daten des Klägers auf der Website der Beklagten weist darauf hin, dass der Kläger als Allgemeinmediziner in Österreich tätig ist. Die Tatsache, dass der Kläger praktizierender Arzt in Österreich ist, ist für die interessierte Öffentlichkeit schon aus seiner Berufsausübung erkennbar. Das Bild seiner Persönlichkeit wird durch die Anführung seiner Daten nicht in einer Weise verzerrt, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht in schutzwürdigen Interessen beeinträchtigen würde (vgl 7 Ob 329/97a; BGH VI ZR 196/08 [Rz 43 f]). Die Aufnahme in ein solches Verzeichnis bringt für den Arzt vielmehr grundsätzlich nur Vorteile, weil die Öffentlichkeit von der Vollständigkeit des Verzeichnisses der

Beklagten ausgehen und durch das Verzeichnis auf ihn aufmerksam gemacht wird. Durch die Namensnennung entstehen dem Kläger keine Nachteile.

Nachteile aufgrund der Verknüpfung seiner Daten mit den Bewertungen der Nutzer behauptet der Kläger im Revisionsverfahren nicht. Damit bedarf es auch keiner Auseinandersetzung mit der vom deutschen Bundesgerichtshof (VI ZR 358/13 [Rz 31 f]) vertretenen Auffassung, Bewertungen hätten nicht nur erhebliche Auswirkungen auf den sozialen und beruflichen Geltungsanspruch eines Arztes, sondern beeinflussten vielmehr auch die Arztwahl behandlungsbedürftiger Personen, wodurch sie sich unmittelbar auf die Chancen des Arztes im Wettbewerb mit anderen Ärzten auswirkten und im Fall von negativen Bewertungen sogar die berufliche Existenz gefährden könnten.

Die vorzunehmende Interessenabwägung führt somit unter dem Gesichtspunkt der Namensnennung zur Statthaftigkeit der Nennung des Namens des Klägers auf der Plattform der Beklagten.

4.3. Der Kläger machte weiters einen Eingriff in seine Privatsphäre gemäß § 1328a ABGB geltend. Im Verfahren erster Instanz brachte er dazu vor, er könne nicht vor die Wahl zwischen einem kostenlosen Eintrag mit eingeschalteter Werbung für andere Ärzte und einem kostenpflichtigen Prämieeintrag gestellt werden. Ärzte, die der Betreibenden keine Prämien zahlen, müssten mit entsprechenden Einschränkungen auf der Plattform auskommen; so werde weder deren Homepage angezeigt noch ein Bild von diesen online gestellt (ON 9 AS 41 f).

Abgesehen davon, dass diese Argumentation (Veröffentlichung von weiteren Daten des Klägers auf der Website der Beklagten) angesichts seines in diesem Verfahren verfolgten Ziels (Löschung seiner Daten von der Website der Beklagten) inkonsistent erscheint, betrifft der Begriff der Privatsphäre den persönlichen Lebensbereich eines Menschen, der üblicherweise nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (Reischauer in Rummel, ABGB³ [2004] § 1328a ABGB Rz 3; vgl RIS-Justiz RS0125721). So können beispielsweise heimliche

Tonbandaufnahmen, geheime Bild- oder Videoaufnahmen im Privatbereich oder die fortwährende Belästigung der privaten Sphäre durch unerwünschte Telefonanrufe Eingriffe in die Privatsphäre darstellen (Reischauer aaO Rz 6). Ein dem vergleichbarer Fall ist hier allein schon deshalb nicht gegeben, weil die Daten ja schon nach dem gesetzlichen Auftrag der breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind.

4.4. Eine Verletzung der Privatautonomie sieht der Kläger schließlich darin, dass er zur Teilnahme an der Datenbank der Beklagten gezwungen werde. Er könne nicht vor die Wahl zwischen einem kostenlosen Eintrag mit eingeschalteter Werbung für andere Ärzte und einem kostenpflichtigen Prämieeintrag gestellt werden (ON 23 AS 182).

Ein Kontrahierungszwang ist überall dort anzunehmen, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität die Möglichkeit der „Fremdbestimmung“ über andere gibt. Eine Pflicht zum Vertragsabschluss besteht dann nicht, wenn der Unternehmer für die Weigerung sachlich gerechtfertigte Gründe ins Treffen führen kann (RIS Justiz RS0016744 [T5]). Allgemeiner Kontrahierungszwang bedeutet, dass ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht stellt, einem zum angesprochenen Personenkreis gehörigen Interessenten, wenn diesem zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, die zur Befriedigung seines Bedarfs nötige einschlägige Leistung und den sie vorbereitenden Vertragsschluss ohne sachlich gerechtfertigte Gründe nicht verweigern darf, wenn es sich dabei um „Normalbedarf“ oder „Notbedarf“ handelt und der Interessent Willens und in der Lage ist, die Leistung zu den gewöhnlichen Bedingungen zu erwerben (RIS Justiz RS0016744 [T7]). Zum „Normalbedarf“ gehört auch die Sicherung der ungestörten normalen Berufsausübung, die jedermann für sich selbst in Anspruch nimmt (RIS Justiz RS0016744 [T8]).

Allerdings ist der Kläger nicht an seiner ungestörten Berufsausübung gehindert, wenn er keine Beiträge zahlt und daher allenfalls nicht vorrangig im Verzeichnis der Beklagten aufscheint.

5. Damit hat – entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung – eine Interessenabwägung nach § 28 Abs 1 DSG 2000 auch unter Berücksichtigung sonstiger schutzwürdiger Interessen zu erfolgen, solche konnte der Kläger hier jedoch nicht unter Beweis stellen. Im Ergebnis war somit der Revision des Klägers ein Erfolg zu versagen.
6. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2016:0060OB00048.16A.0627.000